Begriff der offenen Handelsgesellschaft.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Conrad Sengenwald aus Berlin,

Referendar am Kaiserl. Landgericht zu Straßburg i. E.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Approbiert am 4. Juli 1905.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1905.

38

Referent: Universitäts-Professor Dr. **Sehling.**

Meinem Onkel

Richard von Decker.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Die Gesellschaft 1
§ 2. Der Betrieb eines Handelsgewerbes 13
§ 3. Die Firma 26
§ 4. Die Haftung für die Gesellschaftsschulden 52

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542702_0144

Literaturverzeichnis.

Adler, Karl, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts. Berlin 1895.

Archiv für bürgerliches Recht. Herausgegeben von Kohler und Ring. Berlin 1891.

Anschütz und **Völderndorff,** Kommentar zum allgemeinen deutschen H.G.B. Bd. 2. Erlangen 1870.

Birkenbihl, F., Das Reichsgesetz betr. die Ges. mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892. Berlin 1893.

Cosack, K., Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Düringer und **Hachenburg,** Das H.G.B. vom 18. Mai 1897, erläutert von A. Düringer und M. Hachenburg.

Enneccerus und **Lehmann,** Das bürgerl. Recht. 2. Aufl. Bd. 1. Marburg 1901.

Entscheidungen des Oberhandelsgerichts und des Reichsgerichts in Civilsachen.

Entscheidungen des königl. Oberverwaltungsgerichts. Berlin, C. Heymanns Verlag.

Fremery, Etudes de droit commercial. Paris 1833.

Gareis, Karl, Das deutsche Handelsrecht. 6. Aufl. Berlin 1899.

Gareis und **Fuchsberger,** Das allgemeine deutsche H.G.B. Berlin 1891.

Hahn, Fr. v., Kommentar zum allgem. d. H.G.B. 3. Aufl. Bd. 1. Braunschweig 1877.

Jahrbuch des deutschen Rechts. 2. Jahrgang. Berlin 1904.

Johow, R., Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts. Berlin 1892.

Kohler, Dr. J., Einführung in die Rechtswissenschaft. 2. Aufl. Leipzig 1905.

Lehmann und **Ring,** H.G.B. für das Deutsche Reich. Bd. 1. Berlin 1902.

Lyon-Caen et **L. Renault,** Traité de droit commercial. Tome II. Paris 1892.

Makower, H., H.G.B. mit Kommentar. 12., der neuen Bearbeitung 1. Aufl. Bd. 1. Berlin 1898.

Materialien zum H.G.B. (Denkschrift). Berlin 1897 (Heymanns Verlag).

Puchelt, Kommentar zum allgem. d. H.G.B. 3. Aufl. Bd. 1. Leipzig 1882.

Staub, Hermann, Kommentar zum H.G.B. 6. u. 7. Aufl. Bd. 1. Berlin 1900.

Staub, H., Kommentar zum Gesetz betr. die Ges. mit beschränkter Haftung. Berlin 1903.

Thöl, H., H.G.B. 4. Aufl. Bd. 1. Göttingen 1862.

Windscheid, Dr. Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts. 5. Aufl. Bd. 2. Stuttgart 1879.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Herausgegeben von Goldschmidt u. a.

Zeitschrift für Handelsrecht von W. Gelpcke. Heft 1. Berlin 1852.

§ 1.

Die Gesellschaft.

Die Begriffsbestimmung der offenen Handelsgesellschaft findet sich im § 105 H.G.B.; sie ist danach eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet, und bei welcher bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist.

Nach diesem Wortlaut des Gesetzes können Zweifel darüber, ob die offene Handelsgesellschaft auf einem Gesellschaftsvertrage beruht, nicht mehr bestehen, denn gerade durch diese ihre Vertragsnatur unterscheidet sich die Gesellschaft von der Gemeinschaft, die ohne Vertragsverhältnis entsteht. So auch die Denkschrift[1]): „Der Entwurf geht davon aus, daß die offene Handelsgesellschaft ihrem Wesen nach auf einem Gesellschaftsvertrage beruht und nicht, wie dies für das geltende Recht von einzelnen Seiten angenommen wird, als ein Verhältnis betrachtet werden kann, durch das ohne Rücksicht auf die zugrunde liegenden inneren Beziehungen der Beteiligten lediglich die Haftung für die Schulden eines unter gemeinsamer Firma betriebenen Handelsgewerbes geregelt wird.“ — In der Tat war diese

[1]) Denkschrift S. 38.

Frage zur Zeit des alten Handelsgesetzbuches strittig. Gegner der unbedingten Annahme eines Sozietätsverhältnisses war vor allen Laband.[1]) Seine Ansicht begründet er in erster Linie damit, daß — da der Einteilungsgrund, nach welchem das Handelsgesetzbuch die Handelsgesellschaften unterscheide, nicht von einer Verschiedenheit des Gesellschaftsverhältnisses, sondern von der Haftung hergenommen sei — die vom Handelsgesetzbuch unterschiedenen Arten von Handelsgesellschaften keine Gesellschaftsarten, sondern Haftungsarten seien, daß man daher die offene Handelsgesellschaft nicht als ein Rechtsverhältnis definieren könne, kraft dessen die Beteiligten bestimmte Rechte und Pflichten gegeneinander hätten, sondern nur als ein Rechtsverhältnis, kraft dessen eine bestimmte Haftung der Beteiligten bestände.

Wenn nun auch das Handelsgesetzbuch die verschiedenen Gesellschaftsarten nicht nach den ihnen zugrunde liegenden Gesellschaftsverträgen, sondern nach den verschiedenen Haftungsarten unterscheidet, so ist m. E. zunächst nicht einzusehen, warum dieser Umstand zu der Annahme berechtigt, daß die offene Handelsgesellschaft nicht als ein Rechtsverhältnis aufzufassen ist, welches auch unter den einzelnen Gesellschaftern Rechte und Pflichten erzeugt. Dem Handelsgesetzbuch kommt es mehr darauf an, die Rechtsverhältnisse der Handelsgesellschaften nach außen hin festzulegen, als auf die Art und Weise, wie der die Handelsgesellschaft bedingende Gesellschaftsvertrag zustande kommt; das ist in erster Linie

---

[1]) G.Z. XXX S. 508 f.; gleiche Ansicht v. Hahn S. 318 § 3.

Sache des bürgerlichen Rechts; nur das von diesem Recht Abweichende, das den Handelsgesellschaften Charakteristische, insbesondere also die verschiedenen Haftungsarten, werden vom Handelsgesetzbuch geregelt; ein Einteilungsgrund in jener Richtung lag demnach nicht vor. Zweitens aber kann man trotz des Fehlens des Wortes „Gesellschaft“ bei der Begriffsbestimmung der offenen Handelsgesellschaft auch aus dem alten Handelsgesetzbuch auf das unbedingte Erfordernis einer solchen aus dem Umstand schließen, daß der Art. 86 von vier Bestimmungen spricht, die zwecks Eintragung ins Handelsregister anzumelden sind: Vereinbarungen über den Namen, den die Gesellschaft führen soll, über den Zeitpunkt ihres Beginns und darüber, wer von den Beteiligten die Gesellschaft vertreten soll, können m. E. nur auf einem Gesellschaftsvertrage beruhen; desgleichen erscheint es mir nicht begreiflich, woraus der Wille sämtlicher Teilhaber, unbeschränkt zu haften, anders als aus einem Gesellschaftsvertrage entspringen kann. Endlich kann man m. E. dieses Erfordernis indirekt auch daraus folgern, daß das französische Handelsrecht, welches das Vorbild wie für die moderne Handelsgesetzgebung überhaupt, so auch für das deutsche Handelsgesetzbuch war, einen Gesellschaftsvertrag als notwendige Grundlage der Handelsgesellschaft annimmt; das ergibt die Ausdrucksweise der Art. 18 und 20 des code de commerce: „le contrat de société se règle par le droit civil ... la société en nom collectif est celle, que contractent ...“ und des Art. 1134 des code civil, der bei obgenanntem Art. 18 angeführt wird: „la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes con-

viennent . . .“ Ebenso auch die französische Literatur, z. B. bei Frémery[1]): „alors les associés qui se proposaient surtout en réunissant leur fortune, d'augmenter leur crédit pour se livrer à de plus grandes opérations, s'efforcèrent de faire connaitre au public l'association qu'ils avaient formée.“ Auch die von Laband[2]) angeführten Beispiele einer fortgesetzten Gütergemeinschaft und einer Erbenkommunion beweisen nicht das Fehlen eines Sozietätsverhältnisses unter den Gesellschaftern: durch den Tod des Erblassers werden die Erben nicht ipso iure offene Handelsgesellschafter; sie bilden als solche nur eine „Gemeinschaft“, eine communio pro indiviso im Sinne des § 741 B.G.B.; beschließen sie dagegen die zu Lebzeiten des Erblassers bestandene Gütergemeinschaft oder sein Handelsgewerbe fortzusetzen, oder geben sie in anderer Weise ihren diesbezüglichen Willen kund, so ist dieses als stillschweigender Abschluß des Gesellschaftsvertrages anzusehen, denn auch ein solcher stillschweigender Abschluß genügt.[3])

Da die offene Handelsgesellschaft auf einem Gesellschaftsvertrage beruht, also in erster Linie eine Gesellschaft ist, so wäre anscheinend die Bestimmung des § 105 Abs. 2, wonach auf die offene Handelsgesellschaft die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Gesellschaft subsidiär Anwendung finden sollen, überflüssig ge-

---

[1]) Frémery S. 30.

[2]) Laband a. a. O. S. 509.

[3]) Staub S. 347 Anm. 7; v. Hahn S. 310 § 4; Gareis-Fuchsberger S. 215 Nr. 16; R.O.H.G. IX Nr. 14 S. 39, insbes. XI Nr. 37 S. 102 und O.L.G. Stuttgart in G.Z. Bd. 40 Nr. 54 S. 457.

wesen; hierdurch soll aber m. E. zum klaren Ausdruck gebracht werden, daß das Wort „Gesellschaft“ hier nicht in dem dem Handelsgesetzbuch sonst gewohnten Sprachgebrauch auszulegen ist, worauf ich bei einer späteren Frage noch zurückkommen werde.

Die wichtigste Folge dieser Unterordnung unter die Vorschriften des bürgerlichen Rechts ist die, daß der Gesellschaftsvertrag an keine bestimmte Form gebunden ist, abgesehen von den Fällen der §§ 311 und 313 des B.G.B., wenn nämlich einer der Beteiligten sich in dem Vertrage verpflichet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil desselben auf die Gesellschaft zu übertragen oder ein Grundstück in dieselbe einzubringen. Die analoge Anwendung der Vorschriften der § 705 f. B.G.B. ergibt ferner für den Begriff des Gesellschaftsvertrages einer offenen Handelsgesellschaft: gegenseitige Verpflichtung der Förderung eines gemeinsamen Zweckes, insbesondere Leistung der vereinbarten Beiträge, oder präziser gefaßt: gegenseitige Verpflichtung der Förderung des gemeinsamen Betriebs eines Handelsgewerbes, insbesondere Leistung der vereinbarten Beiträge, denn für die offene Handelsgesellschaft ist der Zweck, der erreicht werden soll, genau bestimmt. Dieser Zweck muß also ein gemeinsamer sein, d. h. allen Beteiligten muß die Erreichung des Handelsgewerbebetriebs zugute kommen, wenn auch den einzelnen im ungleichen Umfange, so daß diejenige Gesellschaft, die den Zweck verfolgt, einem oder mehreren der Beteiligten gar keinen Gewinn zukommen zu lassen (societas leonina) oder einem oder mehreren der Beteiligten bestimmte Zugeständnisse als Äquivalent für ihre Einlage, ihre Tätigkeit oder ihren Anteil am Gewinn

macht (partiarische Geschäfte),[1]) in Wahrheit keine Gesellschaft im Sinne des Gesetzes ist. — Die Verpflichtung der Beteiligten muß endlich eine gegenseitige sein und dahin gehen, die Erreichung des Zwecks zu fördern, d. h. jeder Gesellschafter muß an der Erreichung des gemeinsamen Zwecks, also an dem Betriebe des Handelsgewerbes, in irgend einer Weise mitarbeiten, er darf andrerseits nichts tun, was der Erreichung des Gesellschaftszwecks zuwiderläuft. Insbesondere muß jeder hiernach — was im Gesetz noch besonders betont ist — die vereinbarten Beiträge leisten, welche aber durchaus nicht von allen Beteiligten in Bareinlagen und in gleicher Höhe geleistet werden brauchen, was sich m. E. schon aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt: „vereinbarte" Beiträge sind zu leisten, d. h. Beiträge, über deren Form und Höhe der Gesellschaftsvertrag frei bestimmen kann, wenn es nur Beiträge sind; als solche können daher auch die Einbringung des Geschäftsinventars oder einer Erfindung oder die Leistung von Diensten (§ 706 Abs. 3 B.G.B.) gelten; enthält der Vertrag keine Bestimmung über die Höhe der Beiträge, so sind gleiche Beiträge zu leisten (§ 706 Abs. 1 B.G.B.).

Aus der Tatsache, daß die offene Handelsgesellschaft der gesetzlichen Bestimmung gemäß in erster Linie eine Gesellschaft ist, und zwar, wie sich aus § 105 Abs. 2 ergibt, eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, kann man allerdings mit Staub[2]) ohne weiteres folgern, daß die offene Handelsgesellschaft kraft Gesetzesvorschrift keine

[1]) vgl. die Beispiele bei Ennecceru s-Lehmann I S. 721 unter 2 b und O.L.G. Marienwerder in G.Z. 46 S. 493 Nr. 114.

[2]) Staub S. 347 Anm. 8.

juristische Person ist, denn dieser Gesellschaftsbegriff ist ausgeschlossen, wenn es sich um irgend eine Vereinigung von Personen handelt, die juristische Person ist. Immerhin würde das Wort „Gesellschaft“ ohne die Bestimmung des § 105 Abs. 2, welche ich aus diesem Grunde — wie oben erwähnt — nicht für überflüssig halte, an und für sich diesen Schluß m. E. nicht rechtfertigen, da nach dem Sprachgebrauch des Handelsgesetzbuches auch Vereinigungen, die juristische Personen sind, „Gesellschaften“ genannt werden, so die Aktiengesellschaft.

Die Frage der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft war von jeher eine der vielumstrittensten, aber schon zu Zeiten des alten Handelsgesetzbuches war die Ansicht, daß die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person sei, die herrschende geworden; zahlreiche Entscheidungen des Reichsgerichts und Reichsoberhandelsgerichts bestätigen dies.[1]) In der französischen Jurisprudenz gilt dagegen die offene Handelsgesellschaft noch heute als juristische Person, und zwar nicht infolge gesetzlicher Bestimmung, sondern auf Grund Gewohnheitsrechtes: „aucune loi n'a indroduit ce principe; il a été adopté et etabli par la coutume commerciale et dans l'intérêt des commercans“;[2]) „la reconnaissance en principe de la per-

---

[1]) R.G. III Nr. 17 S. 57, V S. 55 oben, S. 71 oben; R.O.H.G. II S. 39 unten, V S. 205, IX S. 17 unten. Für die Annahme der juristischen Persönlichkeit waren inbesondere: Affolter im Archiv für bürgerl. Recht S. 2 f.; Eccius in G.Z. XXXII S. 2 f.; Gelpcke in Zeitschr. für Handelsrecht 2. Heft I; neuerdings auch Kohler, Einführung in die Rechtswissenschaft § 39 Abs. 2 auf S. 81.

[2]) Frémery S. 34.

sonnalité des sociétés de commerce est conforme à une ancienne tradition dont l'existence n'est pas niable, bien que le point de départ ne puisse en être déterminé avec précision." [1])

Aus der juristischen Persönlichkeit der Handelsgesellschaft leiten die französischen Juristen die ihr anhaftenden Eigenarten ab:

1. Das Gesellschaftsvermögen gehört — solange die Gesellschaft besteht — nicht den Gesellschaftern, sondern der Gesellschaft als solcher (à la société considiérée comme personne morale distincte des associés; il n'y a copropriété entre les associés qu'après que la société est dissoute).[2])

2. Die Privatgläubiger eines Gesellschafters sind vom Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen ausgeschlossen (les créanciers personnels des associés ne peuvent pas concourir avec les créanciers sociaux sur cet actif qui n'appartient pas à leurs débiteurs).[3])

3. Die Möglichkeit der Gesellschaft, vor Gericht zu klagen und verklagt zu werden.[4])

4. Die Möglichkeit eines selbständigen Konkursverfahrens über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft (on ne concevrait que la faillite personelle de chaque associé sans la personnalité civile).[5])

5. Die Fähigkeit, sich als Bürge zu stellen.[6])

---

[1]) Lyon-Caen II S. 87 unter Nr. 124.

[2]) Lyon-Caen S. 103 Nr. 142 und S. 76 Nr. 107.

[3]) Lyon-Caen S. 77 Nr. 109.

[4]) Lyon-Caen S. 79 Nr. 111.

[5]) Lyon-Caen S. 80 Nr. 112.

[6]) Lyon-Caen S. 80 Nr. 115.

6. Forderungen Dritter an einzelne Gesellschafter können nicht gegen Forderungen der Gesellschaft an diesen Dritten aufgerechnet werden,[1]) ebenso auch nicht Forderungen Dritter an die Gesellschaft gegen Forderungen eines Gesellschafters an den Dritten.[2])

Wie verhält es sich nun mit diesen der offenen Handelsgesellschaft anhaftenden Eigenheiten nach deutschem Recht?

Was zunächst das Gesellschaftsvermögen anlangt, so gehört es nach deutschrechtlicher Anschauung den Gesellschaftern (B.G.B. § 718). Das Gesellschaftsvermögen ist aber dadurch gebunden, daß kein Gesellschafter kraft Sonderrechts über seinen Teil verfügen kann (B.G.B. § 719); die Gesellschafter sind nur als „zur gesamten Hand" berechtigte Inhaber des Gesellschaftsvermögens anzusehen. Durch diese Gebundenheit wird also das Gesellschaftsvermögen scharf vom Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter getrennt, es bildet einen Vermögenskomplex, der nach einer Reichsgerichtsentscheidung (Urteil vom 28. IV. 1886) „wie eine bestimmte Person behandelt werden darf",[3]) ganz wie nach französischem Recht; die hieraus sich ergebenden Folgen sind auch dieselben wie die, welche sich aus der französischrechtlichen Annahme der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft ergeben: So kann man auch aus dem Gesamthandbegriff den Ausschluß der Privatgläubiger eines Gesellschafters vom Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen und die Unzu-

[1]) Lyon-Caen S. 80 Nr. 116.

[2]) Lyon-Caen S. 80 Nr. 113.

[3]) Jahrbuch des deutschen Rechts S. 79 § 105 c.

lässigkeit einer Aufrechnung von Forderungen Dritter an einzelne Gesellschafter oder an die Gesellschaft mit Forderungen der Gesellschaft bezw. eines Gesellschafters an den Dritten ableiten, denn das Gesellschaftsvermögen gehört gemäß jenes Gesamthandprinzips nicht den einzelnen Gesellschaftern sondern der Gesamtheit der Gesellschafter, den Gesellschaftern in ihrer Vereinigung.

Aber auch in andern Beziehungen, die nicht direkt das Gesellschaftsvermögen betreffen, hat die offene Handelsgesellschaft des deutschen Rechts die von der bürgerlichen Gesellschaft erheblich abweichende Sonderstellung der französischrechlichen offenen Handelsgesellschaft. Aus dem Gedanken der gesamten Hand läßt sich jedoch m. E. diese Selbständigkeit nicht ableiten, sondern aus einem andern wesentlichen Erfordernisse der Handelsgesellschaften: aus der gemeinschaftlichen Firma. Meine Ansicht über das Wesen dieser Firma und ihre Bedeutung für den Begriff der offenen Handelsgesellschaft werde ich im § 3 äußern und dabei dann auch auf die Frage der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft des näheren eingehen. Hier soll nur festgestellt werden, daß in Deutschland wie in Frankreich die offenen Handelsgesellschaften mit besonderen selbständigen Rechten und Pflichten ausgestattete Rechtsinstitute sind, diese ihnen eigenartige selbständige Stellung im Rechtsverkehr aber in Frankreich als ein Ausfluß der juristischen Persönlichkeit gedacht wird, während bei uns wegen des deutschrechtlichen Gesamthandgedankens die Annahme einer juristischen Persönlichkeit nicht erforderlich schien: „Künftig wird um so weniger Veranlassung zur Annahme

der juristischen Persönlichkeit vorliegen, als bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine rechtliche Trennung des Gesellschaftsvermögens von dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter gleichfalls anerkannt ist, und zwar unter Verwertung eines Rechtsgedankens, der im allgemeinen auch zur Erklärung der Eigentümlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft ausreicht".[1]) Wie ich aber später nachzuweisen versuchen werde, reicht dieser Rechtsgedanke zur Erklärung der Eigentümlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft keineswegs aus, und kann man sich dieselben m. E. nur dann erklären, wenn man die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft anerkennt. Auf jeden Fall entspricht das selbständige Auftreten der offenen Handelsgesellschaft im Handelsverkehr viel mehr dem eines rechtsfähigen Vereins als einer gewöhnlichen Gesellschaft, so daß auch die Gegner der Annahme einer juristischen Person zugeben müssen, daß die offene Handelsgesellschaft einer juristischen Person sehr nahe kommt; sie drücken das verschiedentlich aus: „gewisse juristische Selbständigkeit",[2]) „ist rechtsfähig",[3]) „ihr muß grundsätzlich dieselbe Stellung im privaten Rechtsverkehr eingeräumt werden wie einer juristischen Person",[4]) „relativ juristische Person".[5]) Auch das Oberlandesgericht Hamburg hat diese Ansicht ausgesprochen, wenn es sagt: „Mit der Zuerkennung der Parteifähigkeit

---

[1]) Denkschrift S. 39.

[2]) Staub zu § 124 Einleitung.

[3]) Makower zu § 124 I a.

[4]) Makower a. a. O. S. 179 c.

[5]) Gareis-Fuchsberger S. 238 Nr. 98; Gareis S. 218 § 27 I.

ist der offenen Handelsgesellschaft die Eigenschaft eines Rechtssubjekts, also, wenn man auch den Namen vermieden hat, jedenfalls der wesentliche Inhalt des Begriffs der juristischen Person verliehen".[1]) Ich halte es daher für unberechtigt, wenn Cosack die Tatsache, daß die offene Handelsgesellschaft vom Gesetz nicht als juristische Person anerkannt wird, damit begründet, daß es „ein Übermaß von Willkür wäre, wenn man sie als ein von ihren Mitgliedern verschiedenes selbständiges Wesen auffassen wollte".[2]) Ich finde im Gegenteil, daß es schon einzig auf Grund der bedeutsamen Sonderstellung der offenen Handelsgesellschaft gegenüber der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs angebracht gewesen wäre, sie von Gesetzes wegen für eine juristische Person zu erklären, vom praktischen Gesichtspunkte aus hätte dies an ihrem Wesen nichts geändert. Denn auch der Umstand, daß Austritt und Konkurs eines Mitgliedes im allgemeinen Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat, steht, wie in § 3 des näheren erörtert werden wird, mit der juristischen Persönlichkeit ebensowenig in Widerspruch wie alle übrigen Tatsachen, welche gegen die juristische Person geltend gemacht werden, und welche lediglich dem inneren Gesellschaftsverhältnis entspringen. Daß die offene Handelsgesellschaft nach außen hin ganz die Stellung eines rechtsfähigen Vereins hat, kann angesichts des § 124 in Vergleich z. B. zu § 210 nicht ernstlich bestritten werden. Um so auffallender ist es, daß auch

---

[1]) O.L.G. Hamburg in G.Z. 46 S. 501 Nr. 142.

[2]) Cosack S. 490 § 107 I, 1.

Staub die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft leugnet, da für ihn die rechtliche Stellung einer Gesellschaftsform nach außen das Maßgebende zu sein scheint; wenigstens äußert er sich gelegentlich der Erörterung einer Ansicht von Meurer, daß die Gesellschaft mit beschränkter Haftung keine juristische Person sei, da nach innen das reine Gesellschaftsbild bestehe, dahin: „Die Rechtstellung nach außen ist das Entscheidende; ist die Gesellschaft in ihrer Rechtsstellung nach außen eine juristische Person, so ist sie eben eine juristische Person.“ [1])

§ 2.

Der Betrieb eines Handelsgewerbes.

Ein wesentliches Erfordernis jeder Gesellschaft ist, wie bereits oben erwähnt, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks; bei der offenen Handelsgesellschaft muß der Begriffsbestimmung des § 105 zufolge dieser Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet sein. Der nunmehrige Wortlaut des Gesetzes: „eine Gesellschaft, deren Zweck . . . . gerichtet ist, ist eine offene Handelsgesellschaft . . . .“ im Gegensatz zu der früheren Fassung: „eine offene Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen . . . . betreiben“ könnte auf den ersten Blick zu der Annahme führen, daß eine offene Handelsgesellschaft nach innen schon bestehen kann,

[1]) Staub, Kommentar zum Gesetz betr. die Ges. m. b. H. S. 94 Anm. 3.

bevor der Betrieb begonnen hat. Diese Ansicht vertritt auch Makower;[1]) er geht sogar so weit, zu behaupten, daß eine offene Handelsgesellschaft vor Beginn des Betriebs auch in den Fällen der §§ 2 und 3 Abs. 2 bestehen könne, falls der Zweck die Eintragung mitumfaßte. Diese Ansicht halte ich zunächst aus inneren Gründen für unhaltbar; sie widerspricht m. E. dem Wesen der Gesellschaft überhaupt. „Gesellschaft" ist die vertragsmäßige Verbindung mehrerer Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zieles durch Zusammenwirken der Verbundenen. Wenn mehrere Personen einen Vertrag miteinander eingehen und in diesem lediglich beschließen, die Erreichung des beabsichtigten Endziels zu bezwecken, aber niemals wirklich an die Erreichung dieses Zweckes herantreten, so kann man doch nicht behaupten, daß diese Personen eine Gesellschaft bilden. Die innere Natur einer „Gesellschaft" erfordert m. E. mehr als ein bloßes Bezwecken: ein positives Tun; denn aus dem Bedürfnis, durch vereinte Kraft ein Ziel zu erreichen, entspringen die Gesellschaftsverträge; dies Ziel läßt sich aber wiederum nur erreichen durch gemeinschaftliches Arbeiten, durch Zusammenwirken der Verbundenen, nicht aber durch ein Bezwecken dieses Wirkens. Was Makower vollends damit sagen will, daß in den Fällen der §§ 2 und 3 der Zweck die Eintragung mitumfassen kann, erscheint ganz unverständlich.

Aber auch ein wichtiges äußeres Moment steht dieser Ansicht entgegen. Wie die Denkschrift (S. 38) ausführt,

[1]) Makower S. 188 II.

entspricht die Feststellung des Begriffs der offenen Handelsgesellschaft, wie sie im § 105 gegeben ist, im wesentlichen dem Art. 85 Abs. 1 des alten Handelsgesetzbuchs; damit soll doch offenbar gesagt sein, daß die Begriffsbestimmung der offenen Handelsgesellschaft im neuen Handelsgesetzbuch dieselbe ist wie im alten, wenn auch der Wortlaut eine andere Fassung erhalten hat; dies ist, wie man der Denkschrift entnehmen kann, nur deshalb geschehen, um den alten Streit, ob die offene Handelsgesellschaft auf einem Gesellschaftsvertrag beruht oder nicht, endgültig beizulegen; das wirkliche Betreiben eines Handelsgewerbes ist also auch nach dem neuen Handelsgesetzbuch wesentliches Erfordernis einer offenen Handelsgesellschaft; hätte das neue Recht hierin etwas ändern wollen, so hätte die Denkschrift dies unbedingt hervorgehoben. Zwar entsteht mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages ein obligatorisches Rechtsverhältnis der Beteiligten untereinander, nämlich die Verpflichtung jedes Mitglieds, den Gesellschaftszweck mitzufördern, aber noch keine offene Handelsgesellschaft, ebensowenig wie m. E. ein Gesellschaftsvertrag, in welchem nur der Zweck ausgesprochen ist, die Erreichung eines gemeinsamen Endziels zu fördern, eine Gesellschaft nach Bürgerlichem Gesetzbuch erzeugt.

Nun gibt es allerdings Fälle, welche lehren, daß es nicht angebracht wäre, nur das tatsächliche „Betreiben“ die Kaufmannsqualität entscheiden zu lassen, daß vielmehr die Absicht „betreiben zu wollen“ genügen muß. Ganz abgesehen von der Tatsache, daß der Betriebsbegriff ein Betreiben in eigener Person nicht erfordert, wie unten er-

örtert werden wird, ist z. B. der Kommissionär, der sich bereit erklärt, Kommissionsverträge im Sinne des § 383 abzuschließen, auch dann Kaufmann, wenn er keine Aufträge erhält. Viel klarer als aus § 383 erhellt dies aus der französisch-rechtlichen Definition des Kommissionärs: „le commissionaire de profession est celui qui se met à la disposition des personnes qui voudront le charger de faire pour leur compte des actes de commerce".[1] Ferner wird man auch nicht behaupten können, daß ein Kaufmann deshalb aufhöre Kaufmann zu sein, weil er durch ein eingetretenes Ereignis, z. B. Brand seines Geschäftslokales, zeitweise an dem Weiterbetriebe verhindert ist, oder daß die Existenz einer offenen Handelsgesellschaft durch den Eintritt eines solchen Hindernisses aufhöre. Es muß also die Absicht und der Wille zum Betriebe genügen, es muß genügen, wenn die offenen Handelsgesellschafter bereit sind, ein Handelsgewerbe zu betreiben. In diesem Sinne müssen die obigen Ausführungen über den Betriebsbegriff berichtigt werden. Auf alle Fälle kann aber ein bloßes Bezwecken des Betriebs, wie Makower meint, als genügend nicht erachtet werden; auch beim Einzelkaufmann genügt ein solcher Zweck nicht, wie die Definition des Kaufmanns in § 1 ergibt: Kaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt, nicht etwa derjenige, dessen Zweck auf einen solchen Betrieb gerichtet ist.

Ein Betrieb ist also wesentliches Erfordernis einer offenen Handelsgesellschaft.[2] Im rechtlichen Sinne „be-

---

[1] Lyon-Caen I S. 120 Nr. 138.

[2] So auch R.G. in G.Z. 46 S. 493 Nr. 115.

treibt“ ein Handelsgewerbe, wer Träger der für die Firma des Handelsgeschäfts aus dem Abschluß der Rechtsgeschäfte entstehenden Rechte und Pflichten ist, d. h. die Handelsgeschäfte müssen im Namen der betreffenden Person abgeschlossen werden. Träger der Rechte und Pflichten ist bei der offenen Handelsgesellschaft die Gesamtheit der Gesellschafter, ihr gemeinsamer Name ist die gemeinschaftliche Firma; es muß also das Handelsgewerbe unter der Firma der offenen Handelsgesellschaft, d. h. im Namen aller offenen Handelsgesellschafter betrieben werden, so daß keine offene Handelsgesellschaft vorhanden ist, wenn das Handelsgewerbe bloß im Namen eines oder einiger der Gesellschafter betrieben wird.[1]) Die Ausdrucksweise „auf den Namen der Gesellschaft“ bei Lehmann-Ring[2]) halte ich für unkorrekt; daß das Handelsgewerbe auf den Namen der offenen Handelsgesellschaft betrieben werde, ist nämlich nicht notwendig. Wenn z. B. ein Einzelkaufmann einen oder mehrere andere in sein Handelsgeschäft aufnimmt, und diese zusammen als offene Handelsgesellschaft das Handelsgewerbe des Einzelkaufmanns weiterbetreiben, so kann gemäß § 24 die bisherige Firma des Einzelkaufmanns von der offenen Handelsgesellschaft weitergeführt werden. Fortan sind aber die sämtlichen offenen Handelsgesellschafter Inhaber des Handelsgeschäftes; sie betreiben also das Handelsgewerbe zwar im eigenen, aber auf einen anderen Namen.

Aus diesem Erfordernis, daß das Handelsgewerbe im Namen aller Gesellschafter betrieben werden muß, und aus

[1]) R.O.H.G. VII S. 432 oben.

[2]) Lehmann-Ring S. 223 Nr. 5.

dem Umstand, daß die offene Handelsgesellschaft von Gesetzes wegen keine juristische Person ist, folgt die Kaufmannsqualität der offenen Handelsgesellschafter: jeder einzelne „betreibt“ das Handelsgewerbe, und „Kaufmann“ ist gemäß § 1, wer ein Handelsgewerbe betreibt.

Unerheblich für den Begriff des Betriebes ist das Betreiben in eigener Person. Wie in § 1 dargetan ist, folgt aus dem Gesellschaftsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der auch für die offene Handelsgesellschaft wesentlich ist, daß jeder Gesellschafter an der Erreichung des gemeinsamen Zwecks in irgend einer Weise mitwirken muß: das ist also auch für die offene Handelsgesellschaft gesetzliche Regel und noch besonders betont in § 114 des H.G.B. Gemäß § 114 Abs. 2 kann aber der Gesellschaftsvertrag in dieser Hinsicht eine Ausnahme machen, indem er die Geschäftsführung einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen kann: in diesem Falle sind die übrigen Gesellschafter von dem Recht und der Pflicht zur Geschäftsführung ausgeschlossen. Das ändert jedoch nichts an dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft, da ja der Betriebsbegriff ein Betreiben in eigener Person nicht erfordert.

Im allgemeinen ist endlich für den Betriebsbegriff nicht erforderlich, daß die Geschäfte für eigene Rechnung des Geschäftsinhabers abgeschlossen werden.[1]) Dieses Erfordernis verneinen die meisten Kommentatoren auch für die offene Handelsgesellschaft.[2]) Anderer Ansicht ist —

[1]) R.G. XXXVII Nr. 16 S. 61.

[2]) v. Hahn S. 22 § 7; Laband in G.Z. XXX S. 528; Lehmann-Ring S. 223 Nr. 5; Makower S. 189 b.

soviel ich gefunden habe — nur Staub,[1]) und zwar mit vollem Recht: Bei der offenen Handelsgesellschaft muß das Handelsgewerbe unbedingt für Rechnung der offenen Handelsgesellschaft, d. h. also für Rechnung aller offenen Handelsgesellschafter betrieben werden; m. E. aus folgendem Grunde: Aus dem für die offene Handelsgesellschaft wesentlichen Gesellschaftsbegriff folgt, wie bereits früher erörtert wurde, daß der Gesellschaftszweck ein gemeinsamer sein, daß sämtlichen Gesellschaftern die Erreichung des Zwecks zugute kommen muß, daß somit die societas leonina und die partiarischen Geschäfte unvereinbar sind mit dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft.[2]) Daß aber der Betrieb eines Handelsgewerbes allen offenen Gesellschaftern zugute kommt, ist nur dann möglich, wenn dieser Betrieb für ihre Rechnung geschieht, nicht also etwa für Rechnung bloß einzelner Gesellschafter. Da zur Zeit des alten Handelsgesetzbuchs die Frage, ob die offene Handelsgesellschaft auf einem Gesellschaftsvertrage beruhen muß oder nicht, strittig war und gerade von den oben genannten Kommentatoren Laband und v. Hahn verneint wird, so ist deren Ansicht, daß das Betreiben des Handelsgewerbes für Rechnung der Gesellschafter unerheblich ist, verständlich und mit jener Theorie vereinbar. Wenn dagegen die Kommentatoren des neuen Handelsgesetzbuchs auf Grund der nunmehrigen gesetzlichen Fassung den Gesellschaftsbegriff für die offene Handelsgesellschaft für wesentlich halten, andererseits aber be-

---

[1]) Staub S. 348 oben.

[2]) So auch O.L.G. Marienwerder in G.Z. S. 493 Nr. 114.

haupten, daß der Betrieb nicht für Rechnung der Gesellschafter erfolgen brauche, so ist das m. E. ein Widerspruch, denn letzteres ist unvereinbar mit dem Erfordernis des Vorhandenseins einer Gesellschaft. Besonders kraß tritt dieser Widerspruch bei Lehmann-Ring hervor, die zunächst aus der Wesentlichkeit des Gesellschaftsvertrages folgern, daß „Vereinbarungen, die in Widerspruch mit der Natur des Gesellschaftsvertrages stehen (societas leonina), auch die Existenz der offenen Handelsgesellschaft in Frage stellen",[1]) und bald darauf[2]) behaupten: „Wem das ökonomische Resultat des Gewerbes zufließt, ist hier ebenso gleichgültig, wie beim Einzelkaufmann. Es kann einem der socii oder einem Dritten zufallen." Nach dieser letzteren Annahme können also ein oder mehrere Gesellschafter vom ökonomischen Resultat des Gewerbes durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden — das wäre aber nichts anderes als eine societas leonina, die auch nach Lehmann-Ring die Existenz der offenen Handelsgesellschaft in Frage stellt!

Der Betriebsbegriff erfordert also für die offene Handelsgesellschaft Betreiben des Handelsgewerbes im Namen und für Rechnung sämtlicher offenen Handelsgesellschafter.

Ein „Handelsgewerbe" muß von der offenen Handelsgesellschaft betrieben werden; selbstverständlich kann also eine Gesellschaft, die nicht ein Handelsgewerbe betreibt, sondern entweder irgend ein Gewerbe, das nicht unter

---

[1]) Lehmann-Ring S. 221 Nr. 1 a. E.

[2]) Lehmann-Ring S. 223 Nr. 5.

diesen Begriff fällt, oder nur einzelne Handelsgeschäfte, keine offene Handelsgesellschaft sein.[1])

Der Begriff des Handelsgewerbes ist näher bestimmt in den §§ 1 Abs. 2, 2 und 3 des H.G.B. Die wichtigste Kategorie bilden danach die sogen. neun Grundhandelsgeschäfte oder unbedingten Handelsgewerbe, so genannt, weil sie durch den Gegenstand des Geschäftsbetriebs schlechthin dazu bestimmt sind, Handelsgewerbe zu sein, ohne daß es dabei eine Rolle spielt, ob die Firma des Gewerbetreibenden ins Handelsregister eingetragen ist oder nicht. Betreibt danach eine Gesellschaft unter gemeinschaftlicher Firma und mit der in § 105 statuierten Haftungsart eines dieser neun unbedingten Handelsgewerbe, so ist sie ohne weiteres eine offene Handelsgesellschaft, auch ohne Eintragung der Firma. Zu dieser Eintragung ist die offene Handelsgesellschaft jedoch auf Grund § 29 in Verbindung mit § 6 verpflichtet, die Vorschrift ist aber lediglich Ordnungsvorschrift. Der Betrieb eines dieser unbedingten Handelsgewerbe darf aber nicht den Charakter des handwerksmäßigen Betriebs oder des Kleingewerbes haben; auf ein derartiges Gewerbe würden die Vorschriften über die Firma, die Handelsbücher und die Prokura keine Anwendung finden, und wäre daher eine offene Handelsgesellschaft nicht vorhanden (H.G.B. § 4 II).

Eine offene Handelsgesellschaft kann ferner begründet werden durch den Betrieb eines „bedingten" Handelsgewerbes, so genannt, weil diese Klasse von Gewerben sich nicht wie die unbedingten durch den Gegenstand des Unter-

---

[1]) So auch R.G. VIII S. 230 oben.

nehmens schlechthin als Handelsgewerbe charakterisieren, sondern erst durch die Art und den Umfang des Geschäftsbetriebs und die Eintragung der Firma ins Handelsregister. Der Begriff der bedingten Handelsgewerbe ist bestimmt in den §§ 2 und 3 II; danach zerfallen sie wieder in zwei Gruppen: die bedingten Handelsgewerbe nach § 2, bei denen der Betreibende verpflichtet ist, seine Firma eintragen und sein Gewerbe dadurch zum Handelsgewerbe zu machen, und diejenigen des § 3 II, bei denen er hierzu nur berechtigt ist.

Eine offene Handelsgesellschaft betreibt ein Handelsgewerbe im Sinne des § 2, wenn sie ein Gewerbe betreibt, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und ihre Firma eintragen läßt. Der Begriff „ein in kaufmännischer Weise geführter Betrieb" ist im Gesetz nicht näher erörtert; eine Reihe äußerer Momente, z. B. die Notwendigkeit einer nach kaufmännischen Grundsätzen geordneten Buchführung, gewähren genügende Anhaltspunkte dafür, welche Unternehmungen nach ihrer Art und ihrem Umfang einen solchen Betrieb erfordern.[1]) Nebenbei sei hier hervorgehoben, daß dieses Erfordernis eines in kaufmännischer Weise geführten Betriebs auf Art und Umfang des gewerblichen Unternehmens beruhen muß, und also der Ausdruck „nach Art" nicht bedeutungslos ist, wie Staub meint;[2]) m. E. aus folgenden Gründen: Erstens nimmt der Gesetzgeber nicht willkürlich eine derartige auffällige Kumulierung im Ge-

[1]) Denkschrift S. 4.

[2]) Staub S. 63 Anm. 7.

setzestext vor. Zweitens kann man sich auch sehr gut einen weit ausgedehnten Betrieb vorstellen, ohne daß seine Art kaufmännisch gestaltet sei, andererseits auch einen nach kaufmännischer Art ausgestatteten Betrieb (z. B. Maschinenbetrieb), jedoch in nur geringem Umfang; der Unterschied zwischen kaufmännischem und Handwerksbetrieb liegt m. E. gerade in der Art des Betriebes.

Läßt sich die Gesellschaft ins Handelsregister eintragen, was vom Registerrichter nach gehöriger Prüfung des Erfordernisses eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes vorgenommen wird (Denkschrift), so wird sie durch diese Eintragung offene Handelsgesellschaft. Zur Eintragung ist die Gesellschaft gemäß § 2 verpflichtet und kann durch Ordnungsstrafen hierzu angehalten werden (§ 14) und zwar nicht erst, wenn ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb vorhanden ist, sondern schon dann, wenn das gewerbliche Unternehmen jenen Betrieb erfordert, denn vermöge der Vorschrift des § 2 soll der Inhaber eines derartigen Betriebs gerade gezwungen werden, ihn kaufmännisch zu gestalten. Vor Eintragung der Firma ist also in diesen Fällen niemals eine offene Handelsgesellschaft vorhanden, mag ihr Betrieb noch so umfangreich und großartig gestaltet sein. Die Fähigkeit, auf Grund des § 2 ein Gewerbe zum Handelsgewerbe zu machen, ist von großer praktischer Bedeutung. Eine Gesellschaft, die z. B. eine Ziegelei betreibt und, wie das regelmäßig geschieht, die hierzu erforderliche Ziegelerde auf dem ihr gehörenden oder doch gepachteten Grundstücke gewinnt, könnte, auch wenn diese Fabrikation im größten Maßstabe erfolgte, nie-

mals eine offene Handelsgesellschaft sein auf Grund § 1; denn der Begriff des wichtigsten Grundhandelsgeschäfts (§ 1 Ziffer 1) erfordert eine „Anschaffung"; Verarbeitung selbstgewonnener Rohstoffe ist aber keine Anschaffung. Nach dem alten Handelsgesetzbuch war dies auch so: eine derartige Gesellschaft konnte niemals zur offenen Handelsgesellschaft werden; heute ist ihr diese Fähigkeit auf Grund der Vorschriften des § 2 gegeben. Unter denselben Voraussetzungen können auch die Betriebe, die sich mit Geschäften über Immobilien befassen, Handelsgewerbe sein, also mehrere Personen, die ein derartiges Handelsgewerbe betreiben, eine offene Handelsgesellschaft bilden, was früher mit Rücksicht auf Art. 275 des alten Handelsgesetzbuchs unmöglich war.

Eine offene Handelsgesellschaft mit einem Handelsgewerbebetrieb im Sinne des § 3 liegt dann vor, wenn Land- oder Forstwirte ihre Nebengewerbe — sofern sie einen erheblichen Umfang haben — zum gemeinsamen Betrieb vereinigen und sich ins Handelsregister eintragen lassen. Ein „Nebengewerbe" liegt dann vor, wenn der Betrieb der Land- oder Forstwirtschaft den Hauptbetrieb bildet und das Nebengewerbe als Ausfluß dieses Hauptbetriebes erscheint, in ihm „die einzige bezw. die Hauptbasis" findet.[1]) Liegt ein solches Abhängigkeitsverhältnis nicht vor, so kann von einem Nebengewerbe in diesem Sinne nicht die Rede sein, es würden für dasselbe nicht die Bestimmungen des § 3, sondern die der §§ 1 und 2 Platz greifen, und es könnten sich z. B. mehrere Land-

[1]) R.G. I Nr. 96 S. 267.

wirte, die Dampfsägemühlen betreiben, aber ohne eigene Wasserkraft zu benutzen und ohne eigenes Holz zu schneiden, nicht auf Grund eines Handelsgewerbes im Sinne des § 3 Abs. 2 zu einer offenen Handelsgesellschaft vereinigen.[1]) Aus dem Wortlaut des § 3 und aus der Denkschrift „... wenn sie einen größeren Umfang haben"[2]) folgt, daß die Nebengewerbe einen erheblichen Umfang haben müssen: wenn auf dieselben § 2 Anwendung finden soll, so müssen natürlich auch die Voraussetzungen dieses Paragraphen vorliegen, d. h. die Nebengewerbe müssen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb haben; aber auch dann wird dieses Erfordernis für nötig zu erachten sein, wenn Gegenstand des Nebengewerbebetriebs Grundhandelsgeschäfte des § 1 bilden, wie aus § 3 zu entnehmen ist: „werden in dem Nebengewerbe Geschäfte der in § 1 bezeichneten Art geschlossen, so gilt der Betrieb dessenungeachtet nur dann als Handelsgewerbe, wenn der Unternehmer gemäß § 2 von der Befugnis, seine Firma in das Handelsregister eintragen zu lassen, Gebrauch gemacht hat." Eine derartige Vereinigung von Nebengewerben mit erheblichem Umfang gilt aber nur dann als Handelsgewerbe und begründet demnach nur dann eine offene Handelsgesellschaft, wenn die Eintragung erfolgt ist; hierzu ist jedoch die Gesellschaft nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt.

---

[1]) Beispiele bei Staub S. 68 Anm. 3 und Düringer-Hachenburg S. 46 Abs. 1.

[2]) Denkschrift S. 7.

Überall wo Eintragungen zu bewirken sind, sind sämtliche Gesellschafter hierzu verpflichtet (§ 108). Ist einmal die Eintragung der Firma als offene Handelsgesellschaft erfolgt, so können gemäß § 5 in Verbindung mit § 6 die Gesellschafter gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend machen, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei, oder daß es zu den in § 4 I bezeichneten Betrieben gehöre, mit anderen Worten: eine solche Gesellschaft gilt nach außen hin als offene Handelsgesellschaft, auch wenn sie es — weil sie kein Handelsgewerbe betreibt — in Wahrheit nicht ist; desgleichen gilt eine Vereinigung von Personen, die Dritten gegenüber als offene Handelsgesellschaft auftritt, diesen Dritten gegenüber als offene Handelsgesellschaft; das erfordern Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (B.G.B. §§ 157 und 242).[1])

§ 3.

Die Firma.

Die gemeinschaftliche Firma ist das wichtigste Erfordernis, ein „absolut wesentliches Requisit“ [2]) der Handelsgesellschaften, ohne welche, auch wenn alle sonstigen Erfordernisse einer Handelsgesellschaft vorhanden wären, nie eine solche, sondern höchstens eine handelsrechtliche Gesellschaft vorläge, die nach den Regeln des bürgerlichen Rechtes zu beurteilen wäre.

---

[1]) Staub S. 80 Anm. 1 und R.G. 40 S. 146.

[2]) R.O.H.G. V S. 388, II S. 424.

Meine Ansicht über das Wesen dieser gemeinschaftlichen Firma und ihre Bedeutung für den Begriff der offenen Handelsgesellschaft ist folgende:

1. Die Firma des Kaufmanns ist nach § 17 der Name, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt. Der Kaufmann ist aber immer selber und einziger Träger aller aus seinem Gewerbebetrieb fließenden Rechte und Pflichten, sein Privatvermögen unterscheidet sich nicht von seinem Geschäftsvermögen, die Firma ist also nichts anderes als sein Handelsname, nicht etwa der Name eines neben ihm bestehenden Rechtssubjekts. Es würde daher eine Geschäftsverbindlichkeit, die der Kaufmann unter seinem Familiennamen, nicht unter seiner Firma eingeht, nicht etwa aus diesem Grunde rechtsungültig sein.[1])

Auch die Firma der offenen Handelsgesellschaft ist — wie auch die Firma anderer Handelsgesellschaften — zunächst der Name, unter welchem die offene Handelsgesellschaft im Handels- und Rechtsverkehr auftritt. Die hier zu erörternde Frage ist aber die: ist diese Firma der Name der sämtlichen Gesellschafter in ihrer gesellschaftlichen Vereinigung, oder ist sie der Name der Vereinigung der Gesellschafter als eines von diesen verschiedenen Rechtssubjektes?

2. Eine Mehrheit von Personen kann auch einen Namen führen, der, ohne die Namen aller Beteiligten zu enthalten, als allen Personen gemeinsamer Name, als Gesellschaftsname gelten soll. Man denke nur an die sogen.

---

[1]) R.O.H.G. IX S. 215 I; v. Hahn S. 86f. § 4; Makower S. 40 III b.

Vereine mit „idealen Tendenzen“; diese Vereine brauchen zufolge der Vorschrift des § 54 B.G.B., der die freie Vereinsbildung auf dem Gebiete des Privatrechts unbeschränkt zuläßt, nicht rechtsfähig zu werden und werden dann behandelt wie die gewöhnliche bürgerliche Gesellschaft. Aber diese bürgerliche Gesellschaft hat keine selbständige Stellung im Rechtsverkehr wie ein rechtsfähiger Verein; bei ihr sind es immer nur die sämtlichen Gesellschafter, welche nach außen auftreten; sie kann daher auch nicht Rechte und Pflichten unter ihrem Namen ausüben, über dessen Bedeutung das Gesetz auch keinerlei Bestimmungen enthält. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz machen allerdings die §§ 50 II und 735 der C.P.O. für die nicht rechtsfähigen Vereine; diese können als solche (also unter ihrem Namen) verklagt werden und es genügt ein gegen „den Verein“ ergangenes Urteil zur Zwangsvollstreckung in sein Vermögen. Durch diese Bestimmung erlangt aber ein solcher Verein nicht Parteifähigkeit, wie solche die rechtsfähigen Vereine und die offene Handelsgesellschaft besitzen, denn die selbständige Stellung hat er nur als Beklagter und nur während der Dauer des Rechtsstreites, und zur Zwangsvollstreckung genügt ein gegen den Verein ergangenes Urteil, während nach § 124 II H.G.B. für die offene Handelsgesellschaft ein solches Urteil erforderlich ist.

Wenn also eine bürgerliche Gesellschaft oder ein nicht rechtsfähiger Verein einen Namen führen, so ist dieser Name nur immer der Name der Mitglieder in ihrer gesellschaftlichen Vereinigung, aber nichts Begriffswesentliches für die Gesellschaft oder den Verein.

3. Die Firma der offenen Handelsgesellschaft braucht gemäß § 19 bloß den Namen eines offenen Handelsgesellschafters mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz zu enthalten, sie kann sogar auf Grund §§ 22 und 24 ohne diesen Zusatz den Namen eines Gesellschafters oder eines Dritten, der ganz außerhalb der Gesellschaft steht, enthalten. Die Firma einer offenen Handelsgesellschaft ist also weder das äußere Kennzeichen dafür, daß das Handelsgewerbe von mehreren Personen betrieben wird, für die Gemeinschaftlichkeit, noch auch dafür, daß die in ihr enthaltenen Personennamen die Namen derjenigen sind, welche unbeschränkt haften, also weder ein Zeichen dafür, daß das von der Firma gedeckte Gebilde eine Gesellschaft, noch auch, daß es gerade eine offene Handelsgesellschaft ist. Andrerseits ist, wie erwähnt, diese Firma das wesentlichste Moment aller Handelsgesellschaften; nur unter dieser Firma kann auch die offene Handelsgesellschaft die ihr vom Gesetz verliehene selbständige Stellung im Rechtsverkehr ausüben: so kann und muß aber auch z. B. die Klage einer offenen Handelsgesellschaft mit den Gesellschaftern A und B und der Firma N lauten: „Klage der Firma N.“

Die Firma einer offenen Handelsgesellschaft ist also, so schließe ich aus dem Gesagten zunächst, etwas viel Wichtigeres als die Firma eines Einzelkaufmanns oder der Name eines nicht rechtsfähigen Vereins, der immer nur — wie dargetan — das äußere Zeichen für das Vorhandensein des Vereins ist.

4. Die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat zwar eine festere Gestalt bekommen als die römischrecht-

liche societas durch den deutschrechtlichen Gedanken mit der Gesamthand: das Vermögen der Gesellschaft wird nämlich gedacht als Eigentum sämtlicher Gesellschafter „zur gesamten Hand", so daß es der Verfügungsbefugnis des einzelnen entzogen ist; daß aber die Gesellschaft nach außen selbständig auftreten kann wie ein rechtsfähiger Verein ist ausgeschlossen. Rechte und Pflichten der Gesellschaft sind immer nur Rechte und Pflichten sämtlicher Gesellschafter. Der Gedanke mit der Gesamthand hat mithin nur Bedeutung für das Gesellschaftsvermögen, nur durch dieses werden die Gesellschafter zusammengehalten, nach außen hin handelt dagegen jeder im eigenen Namen. Viel weiter in dieser Verdichtung ist die Handelsgesellschaft gegangen: so kann gemäß § 124 Abs. 1 die offene Handelsgesellschaft Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden. Diese selbständige Stellung deckt sich nun m. E. vollkommen mit dem Begriff „Rechtsfähigkeit",[1]) denn „Rechtsfähigkeit" bedeutet nichts anderes als „Fähigkeit Rechte zu haben"; sie hebt die offene Handelsgesellschaft so bedeutend von der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs ab, welcher diese Fähigkeit, Rechte zu haben, mangelt, daß man von ihr nicht mehr als einer der bürgerlichen Gesellschaft analogen Gesellschaft reden kann. Bedenkt man ferner, daß die offene Handelsgesellschaft diese selbständige Stellung nicht anders als unter

[1]) So auch Makover (ein Gegner der juristischen Person) S. 226 § 124.

der Firma ausüben kann, so folgert aus dem Gesagten: Die Rechtsfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft ist nicht ein Ausfluß des Gesamthandprinzips, sondern ein Ausfluß der gemeinschaftlichen Firma. So ist es m. E. auch bei der vom Gesetze als juristische Person anerkannten Aktiengesellschaft: wenn daher der § 210 besagt, daß die Aktiengesellschaft „als solche" selbständig ihre Rechte und Pflichten hat, so will das Gesetz mit diesen Worten nur ausdrücklich feststellen, daß die Aktiengesellschaft eine juristische Person ist; die ihr vom Gesetz zugesprochenen Rechte und Pflichten aber sind nicht ein Ausfluß dieser Vorschrift, sondern ein Ausfluß jenes wichtigen Kriteriums, der gemeinsamen Firma.

5. Noch schärfer tritt diese Verdichtung der offenen Handelsgesellschaft hervor durch die Bestimmung des § 124 Abs. 2, derzufolge zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer offenen Handelsgesellschaft ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Titel erforderlich ist; es genügt also nicht ein gegen die Gesellschafter vollstreckbarer Titel, wie dies bei der bürgerlichen Gesellschaft der Fall ist (C.P.O. §§ 670 b und 736). Wenn man nun behauptet, die offene Handelsgesellschaft sei nichts anderes als eine Gesamthandgesellschaft, Träger aller Rechte und Pflichten, also auch der durch § 124 eingeräumten selbständigen Stellung, seien immer nur die Gesellschafter in ihrer Vereinigung, so wird der § 124 Abs. 2 m. E. gar nicht verständlich; denn auch in diesem Falle müßten diejenigen, welche die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft leugnen, konsequenterweise statt Schuldtitel gegen die Gesellschaft sagen: Schuldtitel gegen

die Gesellschafter in ihrer Vereinigung, das hieße also: gegen sämtliche Gesellschafter; ein solcher Schuldtitel würde aber nach der klaren Gesetzesvorschrift nicht genügen.

Welch scharfe Trennung zieht diese Vorschrift betr. der Zwangsvollstreckung im Zusammenhang mit der Möglichkeit eines besonderen Konkurses über das Gesellschaftsvermögen (K.O. § 209) zwischen den Gesellschaftsgläubigern und den Privatgläubigern der Gesellschafter, zwischen dem Vermögen der Gesellschaft als solcher und dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter, eine Trennung, die der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs ganz fremd ist, und an welcher auch die unbeschränkte Solidarhaft der einzelnen Gesellschafter nichts ändert!

6. Ebenso wie die bürgerliche Gesellschaft nach außen hin nichts anderes bedeutet als die sämtlichen Gesellschafter in ihrer gesellschaftlichen Vereinigung, und es also nur Rechte und Pflichten der Gesellschafter gegenüber Dritten gibt, so gibt es auch im inneren Verhältnis nicht Rechte und Pflichten der Gesellschaft gegen die Gesellschafter, sondern nur mit der actio pro socio geltend zu machende Rechte und Pflichten der Gesellschafter gegeneinander.

In den §§ 109 ff. des H.G.B., welche von den Rechtsverhältnissen der Gesellschafter untereinander handeln, ist für die offene Handelsgesellschaft von Rechten und Pflichten der Gesellschaft gegen die Gesellschafter und umgekehrt die Rede. Lehmann-Ring[1]) meinen, daß mit dem Worte „Gesellschaft“ nicht mehr ausgedrückt sei als die in der

[1]) Lehmann-Ring S. 230 Nr. 5.

Gesellschaftskasse sich darstellende Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens; Cosack[1]) behauptet, daß die offene Handelsgesellschaft ihre Rechte gegen die Mitglieder nicht unter der Firma, andrerseits auch der Gesellschafter seine Rechte nicht gegen die Gesellschaftsfirma geltend machen könne; hiermit wollen also die Gegner der juristischen Person für die offene Handelsgesellschaft dasselbe gelten lassen, was von der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs gesagt wurde. Es ist die offene Handelsgesellschaft nach ihrer Ansicht auch hinsichtlich des inneren Verhältnisses nichts anderes als eine vom Gesamthandprinzip beherrschte Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Nun hat aber das Bürgerliche Gesetzbuch die Terminologie „Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander“ konsequent durchgeführt, warum hat es das H.G.B. nicht ebenso getan? Warum spricht es auch bezüglich der inneren Verhältnisse immer wieder von der „Gesellschaft“ und stellt sie den „Gesellschaftern“ gegenüber? Der Gesetzgeber muß, obwohl er die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft nicht anerkennt, offenbar gefühlt haben, daß hier eine Kluft zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern besteht, die bei der bürgerlichen Gesellschaft fehlt. Und dann wäre es nicht unnatürlich und inkonsequent, die offene Handelsgesellschaft nur für ihre Beziehungen zur Außenwelt als ein durch die gemeinsame Firma stark und selbständig gemachtes Gebilde zu betrachten, für ihre Beziehungen nach innen aber als eine unselbständige, bloß durch den Ge-

[1]) Cosack S. 512 b und c.

samthandsbegriff zusammengehaltene Personenmehrheit, wie es die Gesellschaft des B.G.B. ist? Die Firma, das begriffswesentlichste Merkmal, hat mit den Handelsgesellschaften eine Verdichtung vollzogen, welche durch den Gesamthandsgedanken niemals hätte vollzogen werden können; sie ist also das stärkere von beiden, und es muß m. E. diese Kraft der Firma ebenso sehr nach innen wirken wie nach außen. Wenn nach außen hin die offene Handelsgesellschaft nur unter ihrer Firma ihre Rechte geltend machen kann, so kann sie es auch nach innen nur unter dieser Firma;[1]) und wenn das H.G.B. in §§ 109 f. von „Gesellschaft" spricht, so tut es das mit guter Absicht: ein Gesellschafter kann als Gesellschaftsgläubiger nur das Gesellschaftsvermögen in Anspruch nehmen, nicht das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter,[2]) also nur die Gesellschaft als solche. Die intensive Verdichtung der offenen Handelsgesellschaft durch die gemeinsame Firma soll eben unter den Gesellschaftern nicht weniger stark sein als Dritten gegenüber.

Auf Grund dieser Erörterungen betrachte ich die gemeinschaftliche Firma als ein den Handelsgesellschaften typisches Tertium, das der bürgerlichen Gesellschaft fehlt, als die Verkörperung einer Gesamtheit, den Namen der „Vereinigung der Gesellschafter", eines von den Gesellschaftern verschiedenen Rechtssubjekts, das sich zwischen die Gesellschafter und die Außenwelt und zwischen die Gesellschafter untereinander schiebt und alle Merkmale und die Bedeutung einer juristischen Person hat.

[1]) So früher schon R.O.H.G. IXX S. 416.

[2]) So auch Staub S. 416 Anm. 24.

Unserer Ansicht scheinen nun folgende Tatsachen entgegenzustehen:

I. Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch Kündigung, Tod oder Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters oder mit anderen Worten: die Abhängigkeit der Gesellschaft von dem Bestande der Mitglieder. Hiergegen möchte ich folgendes ausführen:

1. Gemäß § 138 kann im Gesellschaftsvertrage bestimmt sein, daß jene Auflösungsgründe auf den Fortbestand der offenen Handelsgesellschaft ohne Einfluß sind; in diesem Falle besteht also die alte offene Handelsgesellschaft trotz Ausscheiden eines Gesellschafters fort, während durch die übrigen Auflösungsgründe, welche dieselben sind wie bei einer juristischen Person, unbedingt die Existenz der offenen Handelsgesellschaft aufhört, und die Gesellschafter höchstens als neue Gesellschaft wieder zusammentreten können. Die Möglichkeit des Fortbestandes der Gesellschaft trotz jener Tatsache ist ja allerdings auch bei der Gesamthandelsgesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegeben; immerhin aber kann man daraus ersehen, daß die Auflösungsgründe in der Person eines Gesellschafters im Vergleich zu den der bürgerlichen Gesellschaft fremden Auflösungsgründen, welche die Gesellschaft betreffen, und welche selbst durch entgegenstehende Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages unbedingt zu einer Auflösung der offenen Handelsgesellschaft führen, unwichtig erscheinen: Macht eine offene Handelsgesellschaft von der ihr durch § 138 eingeräumten Befugnis Gebrauch, so wird sie in Zukunft durch keine anderen Gründe aufgelöst als etwa die Aktiengesellschaft, während die in der Person eines Gesellschafters eintretenden

Gründe bedeutungslos geworden sind. In diesem Falle würden also jene Tatsachen nicht mehr gegen die Annahme der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft sprechen.

2. Eine Gewerkschaft ist gemäß § 96 des preußischen Berggesetzes vom 24. Juni 1865, welches ihr dieselbe selbständige Stellung im Rechtsverkehr einräumt wie § 124 des H.G.B. der offenen Handelsgesellschaft, eine dieser Gesellschaft analoge Gesellschaftsform; sie ist nicht mehr und nicht weniger juristische Person als die offene Handelsgesellschaft. In § 100 des oberwähnten Gesetzes ist nun bestimmt, daß das Ausscheiden einzelner Mitglieder die Auflösung der Gewerkschaft nicht zur Folge hat. Die Gewerkschaft, welche also nach der Ansicht unserer Gegner ebensowenig juristische Person sein kann wie die offene Handelsgesellschaft, hängt durchaus nicht vom Bestande ihrer Mitglieder ab.

Eine der Aktiengesellschaft analoge Gesellschaftsform ist dagegen die Gesellschaft mit beschränkter Haftung; sie ist wie jene auf Grund § 13 des Gesetzes vom 20. April 1892 in der Fassung vom 20. Mai 1898 eine juristische Person. Nach § 60 dieses Gesetzes können für sie außer den in jenem Paragraph enthaltenen Auflösungsgründen im Gesellschaftsvertrag noch weitere Auflösungsgründe festgesetzt werden. Nichts hindert nun m. E., daß auf Grund dieses Paragraphen im Gesellschaftsvertrage Kündigung, Tod oder Konkurs eines Gesellschafters als Auflösungsgründe festgesetzt sind. In diesem Falle hätten wir also ein Beispiel dafür, daß eine juristische Person durch Kündigung, Tod oder Konkurs eines Gesellschafters

aufgelöst wird, während in dem zuerst erörterten Falle eine Gesellschaft, die nicht juristische Person ist, durch das Ausscheiden eines Gesellschafters nicht aufgelöst wird.

Wir sehen also, daß tatsächlich die in der Person eines einzelnen Gesellschafters begründeten Auflösungsgründe durchaus mit der juristischen Persönlichkeit einer Gesellschaftsform vereinbar sind, daß diese Tatsachen, wie ich behauptet habe, nichts mit der juristischen Person der Gesellschaft zu tun haben, vielmehr auf eine andere Ursache, wie gleich gezeigt werden soll, zurückzuführen sind.

3. Nach § 60 Ziffer 3 und § 61 des Gesetzes vom 20. April 1892 in Fassung vom 20. Mai 1898 kann die Gesellschaft mit beschränkter Haftung analog wie die offene Handelsgesellschaft (§ 133 H.G.B.) aber anders wie die Aktiengesellschaft durch gerichtliches Urteil aufgelöst werden, wenn in den Verhältnissen der Gesellschaft liegende wichtige Gründe für die Auflösung vorhanden sind. Wenn nun auch das Gesetz nur von Gründen spricht, die in den Verhältnissen der „Gesellschaft" liegen, können Gründe, die in der Person eines einzelnen Gesellschafters liegen, gegebenenfalls auch zur Auflösung der Gesellschaft führen, insofern sie nur auf die Verhältnisse der Gesellschaft einwirken.[1]) Mit Recht bemerkt daher m. E. Birkenbihl,[2]) daß auch die in Art. 125 Ziffer 2—5 des alten H.G.B. aufgeführten Gründe unter Umständen Platz greifen können; das wären also insbesondere Unredlichkeit bei der Geschäftsführung, lange Krankheit und Nichterfüllung der

---

[1]) So auch Staub Anm. 6 zu § 61 des Gesetzes.

[2]) Birkenbihl S. 302 f. Anm. 2 zu § 61.

obliegenden Verpflichtungen bei der Geschäftsführung. Alle diese Gründe, welche zunächst zwar in der Person eines einzelnen Gesellschafters liegen, werden wohl immer auf die Verhältnisse einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung von großem Einflusse sein und daher zu ihrer Auflösung führen können. Es sind das aber keine anderen Gründe, als sie vornehmlich auch für die offene Handelsgesellschaft im § 133 Abs. 2 H.G.B. gemeint sind: Wenn dort auch nicht gesagt ist, daß die wichtigen Gründe „in den Verhältnissen der Gesellschaft“ liegen müssen, so werden sie doch stets mehr oder weniger auf die Gesellschaft einwirken müssen, damit die Auflösungsklage aus § 133 einen Sinn hat.

Bei der Aktiengesellschaft wäre das nun ganz ausgeschlossen.

M. E. lassen sich diese Tatsachen folgendermaßen erklären:

Bei jeder Gesellschaftsform — ganz abgesehen davon, ob sie juristische Person ist oder nicht — kommt es darauf an, in welchem Maße der individualistische Charakter bei ihr ausgeprägt ist, in welchem Grade die Persönlichkeit der einzelnen Gesellschafter hervortritt; bei Gesellschaftsformen mit stark individualistischem Charakter wird naturgemäß das persönliche Verhältnis der einzelnen Gesellschafter zueinander mehr in den Vordergrund treten als bei solchen mit geringem individualistischen Charakter. Die Aktiengesellschaft nun ist wohl derjenige Personenverband, bei welchem der individualistische Charakter so gut wie gar nicht zutage tritt; sie ist vorwiegend Kapitalvereinigung, die Gesellschafter spielen daher bei ihr eine irgendwie nennenswerte Rolle nicht. Im Gegensatz zu

ihr trägt die offene Handelsgesellschaft eine streng individualistische Form; bei ihr treten die Personen der einzelnen Mitglieder in starkem Maße hervor, sie ist, gleich der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes, weniger Kapital- als Personenvereinigung, ja sie beruht, wie Lyon-Caen ausführen,[1]) noch mehr als diese auf dem gegenseitigen Vertrauen der Teilhaber. — Eine Mittelstellung zwischen diesen beiden Gesellschaftsarten nimmt u. a. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ein. Sie kann sich aber in stärkerem Maße bald der einen, bald der anderen Form hinneigen. Besteht z. B. die Gesellschaft aus nur zwei oder drei Personen und sind diese sämtlich im Handelsgewerbe tätig, etwa in der Art, daß der eine der Buchführung, Korrespondenz und Expedition vorsteht, die anderen die Fabrikation leiten, treten also die Personen aller Teilhaber in gleich starkem Maße hervor, so trägt die Gesellschaft mit beschränkter Haftung die individualistischen Formen der offenen Handelsgesellschaft; besteht hingegen die Gesellschaft aus einer großen Zahl von Mitgliedern, von denen aber nur einige die Geschäfte leiten, so nehmen diese eine dem Vorstand einer Aktiengesellschaft ähnliche Stellung ein, sie bilden wie dieser das Vertretungsorgan der Gesellschaft, während die Personen der übrigen Gesellschafter ganz in den Hintergrund treten, und es trägt die Gesellschaft mit beschränkter Haftung die starren Züge der Aktiengesellschaft an sich. Im ersteren Falle

[1]) Lyon-Caen S. 108 Nr. 147 und S. 219 Nr. 323, welche die in der Person eines Gesellschafters liegenden Auflösungsgründe als Folge der Tatsache betrachten, daß die offene Handelsgesellschaft wie die Gesellschaft des bürgerl. Rechtes eine société de personnes ist.

würde m. E. ein in der Person eines einzelnen Gesellschafters liegender Grund, wie andauernde Krankheit oder unredliche Geschäftsführung, als „wichtiger Grund“ im Sinne des § 61 zur Auflösung der Gesellschaft führen können, im letzteren Falle dagegen etwa Krankheit eines im Handelsgewerbe nicht tätigen oder selbst Krankheit oder unredliche Geschäftsführung eines Geschäftsführers nicht, denn ein solcher wäre aus der übrigen Zahl der Teilhaber zu ersetzen. Im ersteren Falle wäre es auch ganz begreiflich, wenn auf Grund § 60 die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in den Gesellschaftsvertrag Kündigung, Tod oder Konkurs eines einzelnen Gesellschafters aufnimmt; im letzteren Falle hätte die Gesellschaft diese Befugnis selbstverständlich auch, ein zweckdienlicher Grund aber läge hierfür nicht vor.

Aus diesen Erörterungen ergibt sich, daß die in der Person des einzelnen Gesellschafters vorhandenen Auflösungsgründe durchaus nicht mit der juristischen Persönlichkeit einer Handelsgesellschaft in Widerspruch stehen.

II. Die Rechte der Gesellschafter untereinander und die actio pro socio.

1. In dem Abschnitte des Handelsgesetzbuches, der vom Rechtsverhältnisse der offenen Gesellschafter untereinander handelt, sind es die Bestimmungen der §§ 110, 111 und 113, aus welchen Klagen der einzelnen Gesellschafter oder gegen dieselben entspringen können. Wenn man nun unter der „actio pro socio“ nur die Klage versteht, die der einzelne Gesellschafter in Ausübung seines Individualrechtes gegen einen anderen Gesellschafter anstrengen kann, so ist dieselbe m. E. nach den erwähnten

Paragraphen des Handelsgesetzbuches ganz ausgeschlossen. Der Wortlaut dieser Paragraphen läßt keinen Zweifel darüber zu, daß die Klage des Gesellschafters aus § 110 nur gegen die Gesellschaft zulässig ist, daß die Zinsforderung aus § 111 nur der Gesellschaft, nicht aber den Gesellschaftern, zusteht, daß namentlich die in § 113 aufgeführten Rechte nur von der Gesellschaft, nicht von den einzelnen Gesellschaftern ausgeübt werden können, so daß, wie Makower m. E. mit Recht bemerkt,[1]) der in Anspruch genommene Gesellschafter selbst an einem von ihm gezahlten Schadensersatz in gleichem Maße wie die übrigen Gesellschafter partizipiert, da dieser Schadensersatz in die Gesellschaftskasse fließt. Die klare Fassung des Abs. 2 des § 113 läßt daher m. E. die Ansicht nicht zu, daß diese Klagen aus dem Konkurrenzverbot auch von den einzelnen als Individualrechte geltend gemacht werden können, falls ein Gesellschaftsbeschluß nicht erzielt wird; hätte der Gesetzgeber diese Ansicht geteilt, so hätte Abs. 2 des § 113 entweder einen diesbezüglichen Zusatz erhalten oder aber ganz wegfallen müssen. — Faßt man dagegen den Begriff der „actio pro socio“ nicht so eng, sondern bezeichnet man damit auch alle Klagen der Gesellschaft gegen einzelne Gesellschafter und umgekehrt, wie Birkenbihl[2]) dies für die Auflösungsklage eines Gesellschafters gegen die Gesellschaft mit beschränkter Haftung aus § 61 des Gesetzes tut, so wären auch alle oberwähnten Klagen actiones pro socio, würden aber in diesem Sinne nicht mehr mit

---

[1]) Makower § 113 S. 205 oben.

[2]) Birkenbihl S. 303 Abs. 2.

der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft in Widerspruch stehen.

2. In zweiter Linie kommen bezüglich der Frage, inwieweit die Gesellschafter untereinander Rechte als Individualrechte mit der actio pro socio geltend machen können, die subsidiären Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches in Betracht, insbesondere die §§ 708 und 713. Ersterer Paragraph ist an Stelle des Art. 94 des alten Handelsgesetzbuchs getreten und besagt, daß ein Gesellschafter bei Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Diese Vorschrift bezieht sich allerdings auf jeden Gesellschafter, also auch auf die nichtgeschäftsführenden; da es sich aber immer nur um eine Tätigkeit handeln darf, die der Betreffende in Erfüllung der ihm „obliegenden Verpflichtungen" d. h. also der ihm durch den Gesellschaftsvertrag übertragenen Geschäfte ausübt, wird sie in den meisten Fällen nur auf die Geschäftsführer der Gesellschaft Anwendung finden; für diese bestimmt andrerseits § 713 B.G.B., daß auf sie die Vorschriften der §§ 664 f. über den Auftrag Anwendung finden. Auftraggeber ist aber bei der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschaft, nicht der einzelne Gesellschafter; nur die Gesellschaft kann demgemäß m. E. die in den §§ 664 f. enthaltenen Rechte gegen die geschäftsführenden Gesellschafter eventuell durch Klage geltend machen; von den einzelnen ist aber auch hier Ausübung ihrer Individualrechte mit der actio pro socio wie bei jeder anderen juristischen Person ausgeschlossen.[1])

[1]) So auch Makower zu § 114.

Wenn somit der geschäftsführende Gesellschafter für Pflichtverletzungen nur von der Gesellschaft, nicht von den einzelnen Teilhabern in Anspruch genommen werden kann, so können m. E. die einzelnen umsoweniger persönlich gegen einen nichtgeschäftsführenden Gesellschafter, wenn er etwa einen Geschäftsführungsakt unbefugterweise vornimmt, mit der actio pro socio vorgehen; auch in diesen seltenen Fällen schiebt sich m. E. — wie erwähnt — die den Handelsgesellschaften kraft der gemeinsamen Firma eigentümliche Gesamtheit zwischen die Gesellschafter untereinander. Ich halte daher die actiones pro socio nicht nur auf Grund der Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs sondern auch in all den Fällen, in denen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches subsidiär Platz greifen, für die Handelsgesellschaften für ausgeschlossen. — Aber selbst wenn man solche mit der actio pro socio geltend zu machende Rechte der Gesellschafter annehmen wollte, würde auch dieser Umstand mit dem Wesen der juristischen Person der offenen Handelsgesellschaft nicht in Widerspruch stehen; er würde sich auf ganz natürliche Weise aus der streng individualistischen Form der offenen Handelsgesellschaft erklären, ebenso wie das persönliche Kontrollrecht jedes einzelnen Gesellschafters aus § 118 H.G.B. Als besten Beweis für diese Behauptung kann ich mich auf eine Gesellschaftsform berufen, über deren juristische Persönlichkeit Zweifel nicht bestehen: auf die eingetragene Genossenschaft. In den §§ 45 Abs. 3, 47, 48 und 51 des Gesetzes betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften finden wir eine Reihe von Individualrechten der einzelnen Genossen, wie

sie den Mitgliedern einer nicht individualistischen Gesellschaftsform, wie sie die Aktiengesellschaft ist, nicht eingeräumt sind. Diese Tatsache läßt sich m. E. nur erklären aus der individualistischen Form dieser Gesellschaftsart und steht, wie man sieht, mit der juristischen Persönlichkeit der Genossenschaft durchaus nicht im Widerspruch.

III. Die unbeschränkte Solidarhaft der Mitglieder. Wegen dieses Momentes wird die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft von den Gegnern unserer Ansicht in erster Linie geleugnet; sie halten an dem von Laband[1]) für die juristische Person aufgestellten Kriterium fest: Nichthaftung der Mitglieder für die Vereinsschulden. Dagegen läßt sich nun folgendes ausführen:

1. Zunächst versagt das Prinzip in einem bereits von Eccius[2]) erläuterten Falle: wenn nämlich der eine Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, die bloß zwei Teilhaber hat, gemäß § 110 die Gesellschaft für gemachte Aufwendungen in Anspruch nimmt, so kann er selber sich nicht als Schuldner gegenüberstehen, andrerseits aber nach der herrschenden Ansicht die übrigen Gesellschafter in diesem Fall nicht solidarisch in Anspruch nehmen;[3]) dann ist also nur die offene Handelsgesellschaft die Verpflichtete, die persönliche Haftung eines Gesellschafters neben der offenen Handelsgesellschaft fehlt. In einem solchen Falle wäre also gerade auf Grund der gegnerischen Theorie die offene Handelsgesellschaft

[1]) Laband in G.Z. XXX S. 500 und 519 III.

[2]) Eccius in G.Z. XXXII S. 9 f.

[3]) Staub S. 416 Anm. 24; Makower S. 197 IV; v. Hahn S. 468 § 5; R.O.H.G. XIII S. 145.

juristische Person. Ferner gibt es, wie Anschütz-Völderndorff[1]) an praktischen Beispielen nachweisen, tatsächlich Institute (Darlehnskassen- und Kreditvereine), bei denen die Mitglieder solidarisch und persönlich für die Vereinsschulden haften, die aber auf Grund staatlicher Verleihung juristische Persönlichkeit besitzen. Überhaupt ist das bei der eingetragenen Genossenschaft der Fall; allerdings ist da die Haftung der Genossen keine primäre, sondern eine subsidiäre, aber immerhin hat gerade wegen dieser wenn auch nur subsidiären persönlichen Haftungspflicht der Mitglieder das preußische Oberverwaltungsgericht sich wiederholt gegen die juristische Persönlichkeit der eingetragenen Genossenschaft ausgesprochen,[2]) und es ist gerade wegen der vorwiegend individualistischen Form dieser Gesellschaften die persönliche Haftung als notwendiges Element mit aufgenommen worden.[3])

2. Außerdem möchte ich noch persönlich folgendes gegen jene Ansicht ausführen:

Die für den Begriff der offenen Handelsgesellschaft wesentliche unbeschränkte Solidarhaftung der Gesellschafter ist bloß für die offene Handelsgesellschaft von Bedeutung, nicht aber für die übrigen Handelsgesellschaften; sie ist, wie noch im nächsten Paragraph erörtert werden wird, einfach eine rein gesetzliche. Das wesentliche Moment aller Handelsgesellschaften dagegen

---

[1]) Anschütz-Völderndorff S. 14.

[2]) Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichtes VII Nr. 3 S. 33; XIV Nr. 26 S. 165.

[3]) Kohler S. 86 f.

ist die gemeinschaftliche Firma; ohne diese kann eine Gesellschaft auch mit unbeschränkter Solidarhaft ihrer Mitglieder nicht offene Handelsgesellschaft sein. Das Moment der gemeinschaftlichen Firma ist also das wichtigere und eher als jenes andere berechtigt, das Kriterium für die Frage der juristischen Person der offenen Handelsgesellschaft zu bilden. Außerdem kann die offene Handelsgesellschaft nach innen die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter ausschließen, wenn dies auch Dritten gegenüber belanglos ist; in Wirklichkeit ist aber dann die die offene Handelsgesellschaft charakterisierende Haftungsart nicht gewollt, desungeachtet ist eine offene Handelsgesellschaft vorhanden. Es kann schließlich sogar bei den einzelnen Vertragsabschlüssen mit Dritten die unbeschränkte Haftung für einzelne oder sogar alle Gesellschafter ausgeschlossen sein, die Gesellschaft bleibt trotzdem eine offene Handelsgesellschaft.[1]) Eine Gesellschaft, die dagegen in ihrem Gesellschaftsvertrage die Bestimmung enthielte, keine Firma anzunehmen, nicht unter der Firma Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen, wäre niemals eine Handelsgesellschaft. Daraus folgt, daß im Vergleiche zu der Sonderstellung, welche die offene Handelsgesellschaft gegenüber der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches einnimmt, und den mannigfachen Beziehungen, in denen sie unter der Firma selbständig auftritt, das Haftungsmoment nebensächlich und bedeutungslos erscheint, so daß auch aus diesem Grunde es unberechtigt

[1]) Makower S. 190 III a; Staub S. 350 Anm. 20.

wäre, die Haftungsart allein die Frage der juristischen Persönlichkeit entscheiden zu lassen.[1])

Auch die Theorie Adlers[2]) kann m. E. nicht als entscheidend angesehen werden. Adler erblickt das Kriterium der Gesellschaft gegenüber der juristischen Person darin, „daß es ausschließlich Gegensätze der Gesellschafter selbst sind, welche hinter dem Scheine eines Interessengegensatzes der ad hoc personifizierten arca communis und dem einzelnen Gesellschafter verborgen sind, und daß es keine Interessen der Gesellschaft gibt, welche nicht Interessen der Gesellschafter sind".

Nun kann man aber doch m. E. bei keiner Gesellschaftsform, sei sie juristische Person oder nicht, von reinen Interessen einzig und allein der „Gesellschaft" reden; hat denn nicht auch bei der Aktiengesellschaft jeder einzelne Aktionär ein Interesse an allem, was zunächst bloß die Aktiengesellschaft als solche angeht? ist nicht jeder einzelne Aktionär an der erfolgreichen Abwicklung der Geschäfte interessiert? Und gar bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die bloß drei Mitglieder zählt, werden da nicht regelmäßig die Interessen des einzelnen Gesellschafters Interessen der Gesellschaft sein, wird man da noch von einem Gegensatze von Gesellschaftsinteressen und Interessen der einzelnen Gesellschafter reden können? Je stärker eben die individualistische Form ausgeprägt ist bei einer Gesellschaft, um

[1]) vgl. Affolter im Archiv S. 8, der auch der Ansicht ist, daß die Haftbarkeit der Gesellschaft bei Entscheidung dieser Frage nicht ins Gewicht falle, und Gelpke in Zeitschrift S. 40.

[2]) Adler S. 85 § 10.

so auffallender werden die Interessen der einzelnen Gesellschafter erscheinen. Das gibt anscheinend Adler auch selbst zu, wenn er sagt, daß bei jeder Sozietätsform alle Gesellschafter an der Vergrößerung des gemeinsamen Gutes interessiert sind; um so unbegreiflicher ist es, wenn er dann das erwähnte Kriterium für die juristische Persönlichkeit aufstellt und die offene Handelsgesellschaft deshalb nicht als juristische Person gelten lassen will, „weil es bei ihr während des Bestehens keine Interessen der Gesellschaft gäbe, die nicht Interessen der Gesellschafter seien".

Unhaltbar, weil widersprechend, erscheint nach den bisherigen Erörterungen m. E. auch eine Entscheidung des Kammergerichts,[1]) welches die offene Handelsgesellschaft „wenn auch nicht als juristische Person so doch als ein selbständiges von den sie bildenden Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt" betrachtet. Denn wenn die offene Handelsgesellschaft ein selbständiges Rechtssubjekt ist, welches von den Gesellschaftern verschieden ist, so hat sie eben mit den Gesellschaftern nichts zu tun, hängt also auch nicht von deren Bestande ab. Dann ist sie aber juristische Person, da, wie erwähnt, Tod usw. einzelner Gesellschafter durchaus nicht in Widerspruch stehen mit der juristischen Persönlichkeit. Nach der gegenteiligen Ansicht, daß die Abhängigkeit von dem Bestande der Mitglieder gegen die juristische Person spricht, könnte aber die offene Handelsgesellschaft ein selbständiges,

[1]) Kammergericht in Johow XI S. 126; vgl. auch ebenda IX S. 142 und XI S. 124.

von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt nicht sein.

Ich fasse meine Ansicht dahin zusammen:

Die offene Handelsgesellschaft ist eine Personenvereinigung, ein Gesellschaftsbegriff, der aber durch das Wesen der gemeinschaftlichen Firma in großem Gegensatze steht zu der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diese Firma ist mehr als der Name der Gesellschaftsmitglieder in ihrer Vereinigung, sie ist der Name einer Gesamtheit, welche der bürgerlichen Gesellschaft fremd ist, aus welcher eine Reihe von bedeutsamen Eigenheiten fließen, wie sie nur die juristischen Personen haben, und welche Trägerin ist der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten, während es bei der bürgerlichen Gesellschaft die sämtlichen Gesellschafter sind, nicht zusammengehalten durch einen etwaigen Gesellschaftsnamen, sondern durch das Gesellschaftsvermögen. Die offene Handelsgesellschaft ist daher nicht weniger fähig und berechtigt juristische Persönlichkeit zu besitzen wie etwa die Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder die Genossenschaft; ihrem individualistischen Charakter würde das nicht entgegenstehen, der ja auch bei letzteren Gesellschaften mehr oder weniger ausgeprägt ist, und ich glaube nachgewiesen zu haben, daß alle Gegenargumente unbegründet sind. Wenn das Gesetz ihr vollends die selbständige Stellung einer juristischen Person zuerkennt und sie dadurch in strikten Gegensatz bringt zu der bürgerlichen Gesellschaft, andererseits aber sie für eine Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs erklärt und ihr damit die juristische Persönlichkeit abspricht, so ist das unberechtigt und inkonsequent:

es hat damit ein Zwittergebilde geschaffen, weder Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch juristische Person; ein solches Zwittergebilde ist aber m. E. nicht denkbar, eine „gewisse juristische Selbständigkeit", eine „relativ juristische Person" kann es nicht geben. Leider ist bei Beratung des neuen Handelsgesetzbuchs hierauf keine Rücksicht genommen worden; es wäre de lege ferenda angebracht, die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft zu statuieren und dadurch nicht nur die ihr im Rechtsverkehr zukommende Stellung auch gesetzlich anzuerkennen, sondern auch durch Beseitigung solcher Zwittergebilde die Rechtsunsicherheit auf diesem sowieso schon nicht einfachen Gebiete einzuschränken. Um so unbegreiflicher erscheint diese gesetzliche Regelung, wenn man bedenkt, daß auch in der Handelswelt die offene Handelsgesellschaft als ein selbständiges von den einzelnen Gesellschaftern getrenntes Rechtssubjekt gedacht wird, und das Gesetz selbst ihr eine Stellung im Handelsverkehr einräumt, auf Grund deren sie vom kaufmännischen Standpunkte aus gar nicht anders gedacht werden kann.[1]) Mit dem Gesamthandsprinzip ist doch die deutsche Rechtsanschauung über den römischrechtlichen Sozietätsbegriff weit hinausgegangen. Warum ist sie nun auf diesem Prinzip stehen geblieben was die Handelsgesellschaften betrifft, die sich doch, wie erwähnt, noch weit mehr als die Gesamthandsgesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenüber der societas verdichtet haben?

[1]) Ähnlich Kohler S. 81 Anm. 1: „Alle anderen Konstruktionen widersprechen dem Leben und können die Rechtserscheinungen nur in gequälter oder ganz ungenügender Weise erklären."

warum ist sie nicht konsequenterweise einen Schritt in ihrer Entwicklung weitergegangen und hat die Handelsgesellschaft für eine juristische Person erklärt? Hierin ist uns die praktische französische Rechtsanschauung überlegen gewesen, in dem sie darauf Rücksicht nahm, wie sich die Anschauung im lebendigen Verkehr herausgebildet hat; ob dieser Stillstand als „ein Ruhmestitel der deutschen Jurisprudenz", wie Adler[1]) meint, erachtet werden darf, scheint mehr als zweifelhaft. Wohlangebracht ist hier vielmehr ein Ausspruch Gelpkes, des vornehmsten Verfechters unserer Ansicht: „Hier (bei uns!) scheidet sich leider Theorie von der Praxis — jene ist tot, diese ist lebendig." [2]) Der Rechtsgedanke mit der gesamten Hand reicht eben nur „im allgemeinen" zur Erklärung der Eigentümlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft aus, wie die Denkschrift sagt,[3]) tatsächlich reicht er hierzu gar nicht aus; die in § 124 statuierte Selbständigkeit der offenen Handelsgesellschaft ist vielmehr nur dann wirklich verständlich, wenn man die offene Handelsgesellschaft als juristische Person betrachtet.

Die der offenen Handelsgesellschaft verliehene selbständige Stellung unter ihrer Firma läßt es m. E. ohne weiteres zu, daß die offene Handelsgesellschaft Mitglied einer anderen offenen Handelsgesellschaft wird. Nimmt man die juristische Persönlichkeit dieser Gesellschaft an, so ist das selbstverständlich; aber auch auf Grund der gesetzlichen Festlegung, wonach die offene Handelsgesell-

[1]) Adler S. 85.

[2]) Gelpke in Zeitschrift Heft 2 S. 27.

[3]) Denkschrift S. 39.

schaft nicht juristische Person ist, halte ich diese Annahme für berechtigt: die der offenen Handelsgesellschaft zugeschriebene Berechtigung, unter ihrer Firma Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen, schließt m. E. ebenso gut auch die Möglichkeit ein, daß die offene Handelsgesellschaft Mitglied einer anderen offenen Handelsgesellschaft werde. Die Frage wird in der deutschen Literatur und Praxis fast allgemein verneint; die französische Jurisprudenz spricht ihr diese Fähigkeit zu als ein Ausfluß der juristischen Persönlichkeit.[1])

§ 4.

Die Haftung für die Gesellschaftsschulden.

Der Begriff der offenen Handelsgesellschaft erfordert endlich, daß bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist; sie muß vielmehr eine persönliche Solidarhaft sein (§ 128). Diese Haftungsart ist das charakteristische Merkmal, welches die Handelsgesellschaft zur offenen Handelsgesellschaft macht, und welches, da es den Unterschied zwischen der offenen Handelsgesellschaft und den übrigen Handelsgesellschaften negativ ausdrückt (wenn bei keinem . . .),

---

[1]) Lyon-Caen S. 80 Nr. 114. Im deutschen Recht sind für die Annahme dieser Möglichkeit: v. Hahn S. 550 § 3; Puchelt S. 154 Nr. 4; Makower S. 181e; Cosack S. 490 § 106 V; vgl. insbes. Eltzbacher in G.Z. 45 S. 41 ff. und Pappenheim in G.Z. 46 S. 412, der eine Reihe von Auszügen aus dem Wiener Handelsregister anführt, die die fragliche Eintragung zulassen.

in der Literatur „negatives Requisit" der offenen Handelsgesellschaft genannt wird.

Bei der Gesamthandsgesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist eine solche Haftung ganz undenkbar, dort sind es stets nur die Gesellschafter, welche Dritten gegenüber als Gläubiger auftreten, Verbindlichkeiten der Gesellschaft gibt es nicht.

In große Schwierigkeiten kommen nun bei Konstruktion des Rechtsgrundes dieser vom Gesetz für die offene Handelsgesellschaft ausgesprochenen Gegenüberstellung von Verbindlichkeiten der Gesellschaft und Verbindlichkeiten der einzelnen Gesellschafter die Gegner der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft. Sie betrachten, da nach ihrer Ansicht die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person ist, die Einheitlichkeit der Firma nur als eine äußere Zusammenfassung der mehreren Gesellschafter,[1]) die Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Verbindlichkeiten der Gesellschafter,[2]) es haften die Gesellschafter mit ihrem privaten und ihrem Gesellschaftsvermögen.[3])

Diese Konstruktionen halte ich für unberechtigt: zunächst ist, wie ich darzutun versucht habe, die Firma viel mehr und bedeutender als eine „äußere Zusammenfassung der mehreren Gesellschafter". Es erschiene sodann ganz unbegründet und willkürlich vom Gesetzgeber, die scharfe Trennung zwischen Verbindlichkeiten der Gesellschaft und Verbindlichkeiten der Gesellschafter auszusprechen, was

[1]) Lehmann-Ring S. 275 unter Nr. 2.

[2]) Lehmann-Ring a. a. O.

[3]) Staub S. 412 Anm. 2 zu § 128.

er doch bei der bürgerlichen Gesellschaft nicht getan hat: wenn die Schulden der Gesellschaft auch hier wirklich nichts anderes wären als Schulden der Gesellschafter, so hätte diese irreführende Ausdrucksweise sehr gut vermieden werden können. Fernerhin aber müßte doch, wenn die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nichts anderes bedeuten sollten als Verbindlichkeiten der Gesellschafter, zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen auch ein gegen sämtliche Gesellschafter vollstreckbarer Schuldtitel genügen, was aber durch § 124 Abs. 2 ausgeschlossen ist. Auch hier sind m. E. Lehmann-Ring wieder inkonsequent, wenn sie behaupten,[1]) daß Gesamtschuldner stets nur die Gesellschafter sind und es lediglich hinsichtlich der Vollstreckung darauf ankommt, ob gegen sie in ihrer Zusammenfassung als Gesellschaft oder gegen jeden von ihnen als Individuum geklagt ist; m. E. hätten Lehmann-Ring nicht deutlicher ausdrücken können, daß die Gesellschaft ein von den einzelnen Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt ist!

Endlich aber hat m. E. diese ganze Konstruktion etwas Gekünsteltes und Gezwungenes: Auch das Gesellschaftsvermögen der Aktiengesellschaft hat sich schließlich nur aus dem Privatvermögen der einzelnen Aktionäre rekrutiert, so daß man ebenso gut auch hier sagen könnte: Die Aktionäre haften mit dem Gesellschaftsvermögen, eine persönliche Solidarhaft der Aktionäre besteht jedoch nicht; die offenen Handelsgesellschafter haften ebenfalls mit dem Gesellschaftsvermögen, daneben besteht die persönliche Solidar-

---

[1]) Lehmann-Ring S. 275 Nr. 2.

haft der Mitglieder mit Rücksicht auf die streng individualistische Natur der Gesellschaft. Diese besondere Haftungsart ist also, wie man sieht, tatsächlich lediglich eine aus praktischen Gründen vom Gesetz gewollte, wie Affolter mit Recht behauptet,[1]) eine den Gesellschaftern durch das Gesetz auferlegte Garantieverpflichtung, vermöge deren sie für die auf dem Gesellschaftsvermögen ruhenden Verbindlichkeiten mit ihrem Privatvermögen einzustehen haben,[2]) und steht, wie schon früher erörtert wurde, mit der juristischen Persönlichkeit der Gesellschaft durchaus nicht im Widerspruch.[3])

Ohne jegliche Schwierigkeit kann man sich dagegen den rechtlichen Grund dieser persönlichen Solidarhaft erklären, wenn man die Firma als die Verkörperung der von den einzelnen Gesellschaftern verschiedenen Gesamtheit betrachtet, als den Namen einer juristischen Person: Dann kann man die scharfe Gegenüberstellung von Gesellschaftsschulden und persönlichen Schulden der Gesellschafter begreifen und ganz nach dem Wortlaut des § 128 die Haftung der Gesellschafter als Haftung für die Verbindlichkeiten eines Dritten, nämlich der Vereinigung der Gesellschafter, der Gesamtheit, der offenen Handelsgesellschaft als einer juristischen Person erklären. — Sonderbarerweise betont auch Cosack unsere Ansicht betr. der persönlichen Haftung mit aller Entschiedenheit und nennt diese Haftungsart „ein eigenes, durchaus selbständiges

[1]) Affolter im Archiv V S. 8 Abs. 3; ebenso Gelpke in Zeitschr. 2. Heft S. 39 Abs. 2 und S. 40.

[2]) R.G. XXX S. 35.

[3]) So auch Kohler S. 81 unten.

Rechtsprinzip;[1]) hiermit läßt er also auch diese Haftung nicht wie Laband die Frage der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft entscheiden. Wenn er aber bei dieser Gelegenheit seinen Satz, daß die Gesellschaft gleich der Summe der Gesellschafter sei, nicht gelten lassen kann, wie er übrigens selber zugibt,[2]) so darf er konsequenterweise wegen derselben Bedenken auch auf ihm nicht die selbständige Stellung der offenen Handelsgesellschaft konstruieren; wer ist dann aber nach seiner Ansicht Träger jener selbständigen Stellung? Einfach die juristische Natur der offenen Handelsgesellschaft ableugnen, weil ihre Annahme „ein Übermaß von Willkür“ wäre, damit ist nichts gesagt.

Wie schon früher erwähnt, kann die Haftungsart nach innen anders geregelt sein; das Gesetz spricht ja auch nur von unbeschränkter Haftung „gegenüber den Gesellschaftsgläubigern“. Die offene Handelsgesellschaft verliert dadurch ihren Rechtscharakter nicht. Ebensowenig auch, wenn bei jedem einzelnen Geschäftsabschluß mit dem Dritten vereinbart wird, daß bestimmte Gesellschafter nur beschränkt haften.[3]) Endlich ist auch nicht erforderlich, daß die Anmeldung Bestimmungen bezüglich der Haftung enthält, wie aus § 106 zu ersehen ist. Eine Gesellschaft, welche demnach allen Erfordernissen einer Handelsgesellschaft entspricht und bei welcher eine beschränkte Haftung nach außen hin nicht zum Ausdruck gebracht ist, gilt, was auch immer bezüglich der Haftung für das innere Verhältnis

[1]) Cosack S. 495 Nr. 2b.

[2]) Cosack a. a. O.

[3]) Staub S. 350 Anm. 20.

beschlossen sein mag, als offene Handelsgesellschaft, und es trägt also auch der Dritte nicht die Beweislast dafür, daß die Haftung eine unbeschränkte ist.[1])

Auch hieraus kann man wieder sehen, wie wenig, wie oben erörtert, die Haftungsart mit der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft zu tun hat. Die offene Handelsgesellschaft ist in erster Linie Handelsgesellschaft und als solche fähig, juristische Person zu sein; ob jetzt die Haftung der Handelsgesellschafter nach außen eine unbeschränkte oder beschränkte ist (offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft bezw. Gesellschaft mit beschränkter Haftung), oder ob eine persönliche Haftung Dritten gegenüber seitens der Gesellschafter gar nicht besteht (Aktiengesellschaft), ist ganz gleichgültig; immer ist es eine Haftung oder Nichthaftung der Gesellschafter für die von ihnen verschiedene Gesellschaft.

[1]) R.O.H.G. XV Nr. 7 S. 21.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.